

## LA CONTINUIDAD DE SERVICIO FRENTE AL PROBLEMA DE LA SEQUÍA

RODRIGO HERNÁNDEZ BENÍTEZ

*Abogado Fiscalía*

*Superintendencia de Servicios Sanitarios*

### PRÓLOGO

El fenómeno de la sequía siempre se lo ha considerado como un hecho de la naturaleza, y a simple vista así pareciera ser por el fuerte despliegue de información periodística que aborda el tema cuando esta se produce. No obstante eso, al realizar un examen más riguroso de la información que inunda el ambiente, no es fácil dilucidar los temas o las publicaciones que se enmarcan dentro de la rigurosidad y exigencia que exige el problema de la carencia de recursos hídricos, especialmente en lo tocante con las actividades productivas y la satisfacción de las necesidades de la población.

Un paso importante es determinar lo que ha de entenderse por sequía y, cómo esta afecta las actividades productivas. Ya no basta una definición de diccionario como "tiempo seco de larga duración", pues en la actualidad este fenómeno no se produce solo por la escasez natural del recurso agua, si no que también puede llegar a producirse por causas atribuibles a la intervención humana, como es el caso de la sequía artificial, que es aquella provocada por la deficiente acción de los hombres que en su mayoría tienen un limitado conocimiento sobre hidrología (superficial o subterránea) y que genera, en consecuencia, un aumento en los desequilibrios entre la oferta y demanda de agua. Cabe señalar, además, entre otros factores causantes de esta situación, el criterio imperante en nuestro país debido a la acción de funcionarios forzados por exigencias de la actual legislación, quienes deben otorgar dere-

chos de aprovechamiento de aguas subterráneas exclusivamente sobre los llamados recursos renovables.

Sin duda que el tema de la sequía aparece en el debate de tiempo en tiempo; no debemos olvidar que es un fenómeno de la naturaleza que afecta a nuestro país periódicamente, y es por esa frecuencia que nos encontramos ante dos alternativas, una que le da a este hecho un carácter de regularidad en el tiempo, lo que nos obliga a plantearnos la interrogante a que si efectivamente se trata de un fenómeno imprevisto o por el contrario su regularidad exige la implementación de medidas tendientes a mitigar sus efectos, porque se sabe que es un hecho que vendrá. Si nos inclinamos por la segunda alternativa, se hace necesario para quienes desarrollan actividades económicas relacionadas con los recursos hídricos siempre considerar en las inversiones futuras de infraestructura, ya sea en el área sanitaria, generadoras de energía eléctrica, obras que beneficien el regadío, etc., tomar este fenómeno como algo de regular ocurrencia y por lo tanto carente de imprevisibilidad.

Lo indicado precedentemente aparece arriesgado de sostener, pero a la luz de los adelantos tecnológicos y de los modelos económicos imperantes, no podemos esperar que situaciones ajenas a la actividad productiva entorpezcan la entrega de los productos y servicios de acuerdo a estándares de calidad adecuados; y que respecto de los servicios sanitarios dichos estándares están claramente señalados en la ley, y que se fundamentan en la

significancia económica y social que tienen estos servicios para los habitantes del país.

Este trabajo pretende entregar algunos elementos que han de tenerse en consideración para la evaluación de la sequía como un fenómeno que efectivamente constituya fuerza mayor que pueda afectar la continuidad y la calidad de los servicios sanitarios, especialmente en relación con el suministro de agua potable.

## INTRODUCCIÓN

La legislación sanitaria (art. 2º, Ley 18.902) entrega a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), "la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos industriales, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que les sirven de base".

Es en uso de estas facultades que la SISS puede instruir a las prestadoras de servicios sanitarios respecto de ciertas materias (incluidas las que dicen relación con la continuidad y calidad de servicio) que guarden concordancia con el mantenimiento de la prestación del servicio en óptimas condiciones.

El art. 35 del Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, señala que: "El prestador deberá garantizar la continuidad y la calidad de los servicios, las que solo podrán ser afectadas por causa de fuerza mayor". Por otro lado, agrega que podrá afectarse la continuidad del servicio, mediante interrupciones, restricciones y racionamientos, programados e imprescindibles para la prestación de este, los que deberán ser comunicados previamente a los usuarios.

La Superintendencia de Servicios Sanitarios podrá ordenar a las concesionarias la suscripción de contratos que aseguren la provisión de agua cruda, cuando su ausencia, por negligencia o imprevisión, afecte la continuidad del servicio. Debe tenerse presente que esta medida está orientada directamente a mantener la continuidad y calidad del servicio público sanitario, ya que, en casos calificados y por resolución fundada basada en antecedentes técnicos, la Superintendencia podrá ordenar la reanudación del servicio.

La empresa prestadora deberá mantener en forma permanente y actualizada un registro que abarque el período de los últimos cuatro años de todos los cortes o restricciones habidas en el suministro. Dicho registro podrá ser revisado en cualquier oportunidad por la Superintendencia, labor la cual guarda perfecta concordancia con la determinación del grado de diligencia del prestador sanitario en la prestación de los servicios.

A su vez, el art. 88º del Decreto Supremo N° 121 de 1991, establece que "El prestador del servicio de distribución de agua potable debe garantizar la continuidad del servicio, la que solo podrá verse afectada por razones de fuerza mayor calificadas por la Superintendencia o debido a interrupciones, restricciones y racionamientos programados e imprescindibles para la prestación del servicio, los que deberán ser comunicados al usuario, con a lo menos, 48 horas de anticipación".

Como se desprende de la legislación, para que un hecho que justifique la suspensión del servicio de agua potable, este ha de sustentarse en la fuerza mayor, sin este requisito no es posible suspender el suministro de agua potable.

## LA FUERZA MAYOR

Desde una perspectiva civilista, la *fuerza mayor* configura una imposibilidad jurídica de realizar la prestación convenida. Vista de esta manera, se hace necesario enfocar su análisis no solo desde una perspectiva teórica civilista, la cual nos señala fundamentalmente sus requisitos, si no que también desde un ámbito más práctico, ya sea con la visión de un ente fiscalizador como es la Superintendencia de Servicios Sanitarios o con la del juez que tiene por misión resolver los conflictos de interés cada vez que estos se ventilen en los tribunales.

La fuerza mayor, en el caso del prestador sanitario, lo exime de responsabilidad en la medida que desarrolla la conducta debida, es decir, que emplea la eficiencia, cuidado y diligencia a que se obligó, sin lograr con ello cumplir la prestación cuando sobreviene un hecho imprevisto e irresistible que la dificulta. La prestación, en este caso, consiste en asegurar la entrega del servicio público sanitario de suministro de agua potable de manera continua y permanente de acuerdo a estándares de cali-

dad establecidos en la propia legislación sanitaria. Lo anterior conlleva una serie de otras obligaciones o conductas debidas, que de ser realizadas diligentemente garantizan la prestación del servicio en óptimas condiciones. Por lo tanto, si la prestación, en función de la cual se generó la obligación, no puede ejecutarse con la diligencia debida por el prestador, este quedará liberado de responsabilidad. Es decir, si el prestador (como el deudor frente a una obligación) responde de culpa leve, pero la ejecución de la obligación le impone una conducta extrema (la esmerada diligencia que las personas juiciosas emplean en sus negocios importantes, de acuerdo a la definición de culpa levísima contenida en el artículo 44 del Código Civil), este quedará eximido de responsabilidad porque habiendo realizado la conducta debida no alcanza con ella a ejecutar la prestación, como consecuencia del hecho imprevisto sobreviniente. Es obvio que el prestador no puede responder más allá de la diligencia, cuidado y actividad a que se obligó (sea expresamente en el contrato o que se deduce de la ley supletoria de la voluntad de las partes), puesto que si así no fuere ello significaría que todo prestador sanitario responde de la ejecución de la prestación hasta lo imposible, afectando de esta manera su patrimonio y la calidad del futuro servicio que ha de prestar, y solo se exoneraría frente a una imposibilidad física absoluta.

Si tal cosa ocurriera, se debe precisar claramente, en cada caso, la diligencia de que responde el prestador sanitario, la cual, a su vez, es el presupuesto de su responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales. Ya que no se trata de un simple incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de cualquier contrato, si no que nos encontramos frente a un servicio público de relevancia para la salud de las personas, y es por eso que las consecuencias que irroga una ejecución deficiente de los servicios son siempre más graves, ya que los bienes jurídicos protegidos son relevantes y van más allá de las simples apreciaciones pecuniarias.

Si el prestador sanitario, como todo deudor frente a un acreedor, que en este caso es el usuario, responde de culpa leve no puede exigírsele más que aquella actividad o diligencia que los hombres ordinariamente ponen en sus negocios propios (artículo 44 del Código Civil), ni tampoco atribuirle mayor responsabilidad por la inejecución de la prestación si ella solo

puudiese alcanzarse desplegando una actividad y diligencia mayor. Pero esta diligencia que exige el Código Civil deberá medirse con parámetros objetivos, los cuales se desprenden del examen o simple comparación entre lo comprometido y lo cumplido por el prestador sanitario. En este caso, a modo de ejemplo (ya que existen más elementos que deben ser considerados), se puede examinar el ámbito de materias a lo cual se obliga el prestador, que lo encontramos en el Programa de Desarrollo y lo que ha cumplido, que se materializa en el seguimiento y fiscalización del Cronograma de Inversiones. Teniendo presente que Programa de Desarrollo es el programa de inversiones para un horizonte de tiempo dado, cuyo objeto es permitir al prestador reponer, extender y ampliar sus instalaciones, a fin de responder a los requerimientos de la demanda del servicio, en tanto que el Cronograma de Inversiones es el cronograma de las obras proyectadas para un horizonte de quince años, el cual no hace sino que reflejar el cumplimiento diligente del prestador respecto de las obras que asegurarán la continuidad y calidad del servicio.

Se puede sostener, por tanto, que aun desplegando la diligencia debida, y de todas maneras sobreviene la fuerza mayor, nos encontramos frente a un caso en donde no hay responsabilidad, y por ende, en esa área no hay deber de conducta como tampoco hay obligación. Por eso, nos encontramos frente a la fuerza mayor cuando el impedimento surge después de generada la obligación. Pero nuevamente debemos traducir este principio del Código Civil al ámbito sanitario, en donde por mandato expreso del legislador, el prestador sanitario debe garantizar la continuidad del servicio, obligándolo en ciertos casos a suscribir contratos de suministro de agua cruda para poder seguir prestando el servicio. Situación la cual nuevamente nos indica que siempre se deberá cumplir la obligación, aun si se debe incurrir en mayores costos para el prestador sanitario. La raíz del problema está en dilucidar si dicha escasez se debió o no a la falta de previsión o negligencia del prestador, situación la cual lo hizo caer en la deficiente entrega del suministro de agua potable.

El artículo 45 del Código Civil define el "caso fortuito" o "fuerza mayor", como el hecho imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad

ejercidos por un funcionario público, etc. De lo expresado precedentemente se deduce que el caso fortuito produce una imposibilidad física que impide de manera absoluta realizar la prestación debida.

Los requisitos que establece el Código Civil para que nos encontremos ante un caso fortuito o fuerza mayor, son los siguientes:

a) Un hecho imprevisto, esto es, que no sea racionalmente posible anticipar su ocurrencia o preverlo. De tal manera que se trata de un hecho cuya causa o antecedente no es evidente ni siquiera probable, de manera que una persona, aun en el caso de responder de una extrema diligencia y cuidado, no ha podido anticipar o prever. Es por ello que quien responde de culpa levísima está obligado a desplegar la diligencia que un hombre juicioso emplea en la gestión de sus negocios importantes, estará obligado a una previsión más exigente que quien responde de culpa grave, es decir, de la diligencia que aquellas personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios. Es por lo anterior que un mismo hecho puede ser constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor para un obligado y no serlo para otro, dependiendo del grado de diligencia, cuidado y eficiencia que le impone la ley, atendiendo al origen y naturaleza de la obligación asumida (en este caso las obligaciones emanadas de la concesión de servicios públicos sanitarios);

b) Un hecho irresistible, vale decir, un hecho que no puede evitarse por el afectado empleando la diligencia y el cuidado debidos. Sin duda que un terremoto, un naufragio, el apresamiento de enemigos, siguiendo los ejemplos del Código Civil, constituyen hechos naturales o del hombre que no podemos evitar y que sobrevendrán cualquiera sea el esmero que se oponga a su acaecimiento. Por lo tanto, el hecho mismo es irresistible, puesto que ocurrirá sin atender al grado de diligencia que haya desplegado el afectado. Sin embargo, esto no significa que se extinga la obligación por la ocurrencia del hecho en que consiste la fuerza mayor, ya que el obligado puede atajar o mitigar sus efectos, mas no así la ocurrencia del mismo. Dicho de otra forma, una sequía no puede evitarse, pero el prestador sanitario puede implementar las medidas necesarias a fin garantizar la continuidad de servicio em-

pleando la diligencia que corresponde. Por ejemplo, si un barco naufraga, nada impide que el deudor salve la especie debida, si ello es posible empleando el cuidado que la ley o el contrato le asigna. La fuerza mayor no es presupuesto suficiente de la extinción de la obligación, esta debe ir acompañada de un impedimento que exima jurídicamente al prestador de cumplir la obligación. En este caso el deudor puede atajar o mitigar los efectos del hecho imprevisto e irresistible siempre que esta conducta esté dentro del deber de diligencia por la cual ha de responder. De manera que si el deudor responde de culpa levísima deberá esmerarse en mitigar o atajar los efectos del hecho irresistible, pero si responde de culpa grave su grado de responsabilidad será menor.

El artículo 2178 del Código Civil señala la situación del comodatario frente al caso fortuito, estableciendo que no es este responsable sino en el caso que "*En la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya*". Se debe destacar que el Código se pone en la situación de que acontezca una fuerza mayor o un caso fortuito y que sea posible atajar o mitigar sus efectos, es decir, no nos encontramos frente a imposibilidad absoluta; y que ella impone la obligación de responder de la destrucción de la cosa si el comodatario ha preferido salvar la cosa propia dejando que se destruya la cosa ajena, debido a que el comodatario responde de culpa levísima. *A contrario sensu*, en el caso del depósito, el depositario responde, por regla general, de culpa grave (art. 2222 del Código Civil), es evidente que, frente a un caso de fuerza mayor o caso fortuito, podrá salvar intencionalmente la cosa propia dejando que se destruya la cosa que ha recibido en depósito, debido a que el grado de culpa por el cual responde es diferente.

c) La fuerza mayor exige que el hecho no haya sido provocado por el deudor (prestador sanitario) ni por el acreedor (usuario), ya que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o de su propia negligencia. Si el deudor provocó el hecho que genera el incumplimiento, no existe un caso fortuito. Esto está ratificado en el mismo artículo 2178 N° 2 del Código Civil, el cual señala "*Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima*". Si el caso fortuito fue provocado por el acreedor, no res-

ponderará el deudor ni aunque haya asumido todos los casos fortuitos sin excepción.

De todo lo expuesto precedentemente, se deduce que el prestador sanitario puede hallarse en dos situaciones frente a un hecho imprevisto, irresistible e independiente de la voluntad de las partes que dificulta, impide o hace más difícil la ejecución de la prestación:

- 1) Puede la fuerza mayor ser de tal magnitud que con la diligencia, cuidado y conducta que la ley le exige, no pueda atajar, frenar o mitigar sus efectos, en cuyo caso quedará eximido de responsabilidad;
- 2) Puede que con aquella diligencia esté en situación de contener los efectos del hecho imprevisto, irresistible e independiente de la voluntad de las partes, en cuyo caso será plenamente responsable del incumplimiento, ello como consecuencia de que no desarrolló la conducta debida que le exigía neutralizar los efectos del hecho en que consiste el caso fortuito. Se debe tener presente que esta conducta, respecto del prestador sanitarios se ha de evaluar a la luz de las obligaciones emanadas de la prestación del servicio público sanitario.

Por lo tanto, la fuerza mayor genera una imposibilidad jurídica de cumplir, no una imposibilidad física absoluta.

Para que la obligación se extinga sin responsabilidad del prestador sanitario, será necesario que sobrevenga un hecho imprevisto, irresistible e independiente de la voluntad de las partes, cuyos efectos el obligado no pueda atajar o frenar empleando la diligencia debida.

Una misma situación puede representar una imposibilidad jurídica para un prestador, o no serlo para otro prestador, ya que la conducta ejecutada se analizará de acuerdo a la esmerada diligencia que empleó en superar, mitigar o atajar los efectos de la fuerza mayor, como lo sería una sequía en relación con las obras necesarias para asegurar la continuidad de servicio.

La fuerza mayor, como un hecho futuro posterior al perfeccionamiento de la obligación, hace más difícil y gravoso el cumplimiento de la obligación. Si esta dificultad es absoluta, la fuerza mayor extinguirá la obligación, cualquiera sea la diligencia que se impone al prestador; pero si solo la hace más difícil y gra-

vosa, mas no imposible, extinguirá o no la obligación dependiendo de la diligencia de que responde el prestador. De lo cual se coliga que para que la fuerza extinga la obligación sin responsabilidad para el prestador es necesario que genere una imposibilidad absoluta o una dificultad que sea superior al grado de diligencia y cuidado que debe realizar para cumplir con la continuidad y la calidad del servicio que le exige la ley. Sin embargo, se debe tener presente lo expresado en párrafos anteriores respecto de que la obligación no se extingue, solo se hace más onerosa, debido a la naturaleza del contrato en cuestión y a los intereses sociales y económicos comprometidos.

El artículo 1547 del Código Civil establece claramente que ante la ausencia de la prestación se presume la culpa falta del cuidado debido por parte del deudor u obligado. Esta presunción, simplemente legal, debe ser atacada por el deudor que alega haber empleado la diligencia debida, lo cual determina que sobre él caerá el peso de la prueba (*onus probandi*), ya sea frente al órgano fiscalizador o los Tribunales de Justicia.

El Código Civil indica expresamente (artículo 1547 inciso 3º) que "*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*". De lo dicho se desprende que la prestación determinará provisionalmente sobre quién recae la responsabilidad en caso de que ella no se ejecute. Por lo mismo, la prestación es la medida provisional de la responsabilidad, pudiendo el obligado exonerarse solo si es capaz de probar que ha llevado a efecto el comportamiento debido. Pero en este caso no hay exoneración, si no que la obligación se hace más gravosa, y lo que cabe al prestador es alegar un cambio en los supuestos si es que ha sido diligente en su actuar (diligencia la cual se traduce en considerar en a la sequía como un hecho que puede afectar su actividad productiva y por ende contemplar las actividades necesarias que mitiguen este fenómeno), situación que queda entregada al examen de la Superintendencia o de los Tribunales de Justicia, según sea el caso.

Si el caso fortuito o fuerza mayor es un hecho imprevisto, irresistible e independiente de la voluntad de las partes, que obstruye o dificulta el cumplimiento de la obligación (realización de la prestación), parece evidente que este obstáculo deberá despejarse y, por ende, dete-

nerse los efectos de la fuerza mayor, cuando la conducta a la que se comprometió desarrollar el deudor le impone el deber de hacerlo. Pero por el contrario, si el obstáculo es de tal magnitud que frenar sus efectos excede la conducta comprometida, se extinguirá la responsabilidad del deudor, porque no estará obligado a mitigar los efectos del hecho imprevisto, irresistible e independiente de la voluntad de las partes. El prestador se exime de responsabilidad, mas no de la obligación de seguir prestando el servicio, cuando no le es exigible la conducta necesaria para atajar los efectos de la fuerza mayor; y entendiendo que la "fuerza mayor" representa una imposibilidad jurídica y física absoluta. Puede un prestador sanitario responder de culpa grave y surgir un obstáculo difícil de atajar o mitigar, lo cual solo podría lograrse desplegando la diligencia que las personas juiciosas despliegan en la gestión de sus negocios importantes. Este hecho hace que el órgano fiscalizador pueda obligar al prestador a suscribir contratos especiales que hacen más gravosa la prestación del servicio, encareciendo de esta manera sus costos, los cuales en caso de una adecuada conducta analizada a la luz del Programa de Desarrollo y del Cronograma de Inversiones, lo facultaría para fundamentar una modificación tarifaria.

Ahora bien, desde la perspectiva de la legislación sanitaria la Superintendencia de Servicios Sanitarios en uso de las facultades que le atribuye la ley, puede exigir la implementación de una serie de medidas tendientes a asegurar la continuidad del servicio. Es así que, de acuerdo con esas facultades la SISS ha dictado una serie de instructivos que de ejecutarse de manera adecuada por los prestadores sanitarios permiten evaluar el grado de diligencia que estos despliegan en el cumplimiento de los mandatos administrativos, los cuales permiten preparar e implementar medidas para precaver problemas relativos a la prestación de los servicios sanitarios.

El organismo fiscalizador puede pronunciarse, y así lo ha hecho, respecto de:

### 1. Interrupciones del servicio

Los prestadores deberán informar oportunamente a la SISS sobre cualquier situación que afecte las condiciones de continuidad y/o calidad de los servicios, instruyendo de acuerdo a la siguiente clasificación:

- Interrupciones programadas del servicio de agua potable por 24 horas o más;
- Interrupciones no programadas del servicio de agua potable por 18 horas o más;
- Interrupciones del servicio de alcantarillado y,
- Situaciones que afecten la calidad del agua potable.

La SISS ha indicado en relación con el Reglamento de Calidad de Servicio, que las concesionarias deberán disponer de un procedimiento interno escrito para la atención de emergencias en los servicios de su responsabilidad, identificando los recursos a utilizar para tal objeto.

El prestador de Servicio Sanitario está obligado a informar a cada usuario afectado por la calidad y/o continuidad de uno o cualquiera de los servicios públicos. La concesionaria debe también informar a la autoridad de aquellos eventos excepcionales que le impiden cumplir con su obligación de servicio.

La calidad y continuidad del servicio de agua potable no puede verse afectada, salvo por causas de fuerza mayor calificadas por la SISS. En caso de verse alterada la calidad del producto, la empresa tendrá la obligación de informar a la población de la manera más inmediata posible.

En caso de cortes no programados de agua potable o del servicio de alcantarillado, que se prolonguen por más de seis horas, deberán las empresas informar a los usuarios con la mayor celeridad posible, a través de una radio local o por un medio similar. Respecto del servicio de alcantarillado, si hubiesen escurrimientos superficiales, la empresa estará obligada a efectuar las labores de limpieza y desinfección en coordinación con la autoridad correspondiente.

### 2. Registro de información

La SISS ha instruido sobre la necesidad de que las empresas sanitarias establezcan un registro metódico de la información que se refiere a:

- Presiones de agua en las redes de distribución
- Continuidad del servicio de distribución del agua potable
- Continuidad del servicio de recolección de aguas servidas.

Igualmente, se requiere información acerca del tiempo promedio de respuesta y número de reclamos, para cuyo efecto las empresas deberán establecer un registro mensual por localidad y total empresa del tiempo promedio de respuesta a reclamos escritos (Ord. N° 1960/98).

### 3. Efectos baja de precipitaciones

A partir de agosto de 1998, la SISS comenzó a requerir de manera mensual los balances de oferta y demanda de agua potable, de los servicios que presenten las siguientes características:

- Que conforme a la evaluación que efectúe esa empresa se concluya que podrían presentar algún tipo de problema en próximo periodo estival.
- Que en el informe de balance de demanda y oferta de los sistemas de producción de agua potable, tengan un coeficiente de seguridad menor al 20%. Esta información tiene por objeto evaluar y prevenir los efectos de la baja de precipitaciones en la continuidad de los servicios.

Por otro lado, junto con lo indicado en el párrafo precedente, con el fin de mantener la seguridad en el suministro y la calidad del agua potable en el año 2000 a raíz de la problemática del cambio de siglo. La SISS ha instruido a las empresas para que informen sobre el plan de conversión 2000 con las etapas, fechas, y procedimientos que se estén tomando o se implementarán para su solución, el cual debe ser de público conocimiento. Se indica que las empresas deben tomar acciones a fin de mantener y asegurar el adecuado funcionamiento de la entrega de agua potable y su óptima calidad. Se reitera, por otro lado, que la responsabilidad de asegurar la provisión de agua potable sin fallas en la continuidad del servicio, asegurar su calidad y establecer planes de contingencia ante posibles fallas es de responsabilidad exclusiva y única de la propia empresa, ya que no existe el caso fortuito o la fuerza mayor, reiterando de esta forma que cuando nos encontramos frente a un hecho previsible o ante el cual es posible mitigar sus efectos no nos encontramos frente a un caso de fuerza mayor o caso fortuito.

Como se puede observar, la ocurrencia de un hecho diferente de la sequía, como es el

problema computacional del año 2000, no constituye fuerza mayor o caso fortuito, debido a que se trata de un acontecimiento que ha de suceder, y por ende, los prestadores de servicios sanitarios deberán tomar todas las medidas necesarias para evitar o mitigar sus efectos; situación que también se aplica al fenómeno de la sequía, debido a que se sabe que sobrevendrá cada cierto tiempo.

El cumplimiento diligente de las instrucciones servirá como antecedente para la evaluación de la conducta del prestador en caso de producirse un evento que afecte el servicio ya indicado, y permitirá determinar el grado de diligencia del infractor.

Por otro lado, la jurisprudencia de nuestros tribunales tampoco se ha visto ajena a este problema, y le ha tocado solucionar controversias que se han suscitado a raíz de la sequía. En este orden de materias, merece especial mención una sentencia del año en curso, que se refiere a un recurso de reclamación, interpuesto por una prestadora en contra de una multa aplicada por la Superintendencia.

De acuerdo con el examen de la sentencia del 21 de julio de 1999, respecto de un recurso de reclamación interpuesto por EAPLOC en contra de la SISS, en donde se aborda el tema del caso fortuito, se puede indicar lo siguiente:

- 1) El considerando 21° de la sentencia enunciada indica que la Dirección General de Aguas (DGA), como órgano competente en lo relativo a la abundancia o escasez de recursos hídricos en el país, había emitido un informe respecto de la situación de las aguas superficiales y subterráneas, para los efectos de la sequía de los meses de verano del período 1995-1996. A su vez la SISS solicitó mediante oficio (1595) un diagnóstico de la oferta y demanda de agua potable e información relativa a planes de emergencia para asegurar la continuidad del servicio. El celo demostrado por los servicios públicos se contradujo con la *falta de coherencia y preocupación* de la Empresa de Agua Potable Lo Castillo, la cual a su juicio consideró como innecesario implementar medidas de emergencia, mostrando una inconsistencia y un incumplimiento de la obligación de garantizar la continuidad de los servicios a los usuarios. Por otro lado, se desestima la circunstancia de la sequía como un hecho

que la exime de responsabilidad, porque este hecho constituye una eventualidad que el prestador sanitario debió considerar en las medidas que le ordenó implementar la SISS.

- 2) Se señala que la sequía como hecho o fenómeno natural que es, solo puede ser declarada por Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas, declarando qué zona del país sufre de escasez de agua (considerando 22°). Por lo que no se la puede alegar si no existe tal declaración del órgano competente.
- 3) Por otro lado, concluye que la continuidad de servicio se debió a irregularidades debidas a la falta de infraestructura e inversión necesaria para asegurarle el servicio a los usuarios (considerando 23°). Nuevamente nos encontramos frente a una falta de diligencia o de cuidado en el despliegue de la conducta necesaria para atajar o mitigar los efectos de la sequía.
- 4) El tribunal consideró que en este caso la fuerza mayor era perfectamente previsible, de acuerdo a los estudios y proyecciones hidrológicas efectuadas por la autoridad y que se encontraban en conocimiento de la reclamante. Agrega este considerando que los planes de desarrollo no contemplaron nunca en sus programas de inversión la infraestructura necesaria para mitigar el problema, señalando, además, que el hecho de que existen empresas que solo desean obtener utilidades sin invertir en mayores seguridades para sus clientes, pensando tan solo en traspasarle dichos programas de desarrollo a sus costos tarifarios, lo cual es sinónimo de discriminación para el usuario (considerando 24°).

Lo anterior guarda perfecta concordancia con lo que debe ser una eficiente gestión de una empresa, de acuerdo a parámetros de modernidad, puesto que si bien el ánimo de lucro es legítimo, no se puede pretender obtenerlo con un servicio de mala calidad traspasándose los costos de una mejora a los clientes que ya pagan una tarifa determinada por un servicio que debe reunir una calidad establecida por ley.

- 5) En cuanto a lo irresistible de la situación, como requisito de la fuerza mayor, el considerando 25° agrega que tampoco es tal, por cuanto al producirse la emergencia, en este caso, la empresa no tuvo inconveniente en

superarla de manera ágil, tomando para tal efecto diversas medidas, lo cual no hace sino reflejar lo irregular de su actuar en la entrega del servicio. Lo cual se debió a la falta de inversión de recursos adecuados que garantizaran a los clientes el 100% de sus demandas, porque todas estas medidas pudieron adoptarse con antelación a la ocurrencia de los hechos.

- 6) En el considerando 26° se indica que de haber seguido las instrucciones dadas por la SISS para garantizar la calidad y continuidad del servicio, se podría haber previsto la disminución de la producción asociada a las fuentes subterráneas. Situación que no hubiese incidido en la discontinuidad y falta de calidad del servicio.
- 7) Respecto de la conducta que debe desplegar el prestador sanitario, el considerando 28° señala que *"se debe exigir el máximo de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, y ello se logra con la acreditación de haberse efectuado una adecuada inversión, lo que no cabe duda habría evitado la generación del problema o lo hubiese minimizado al máximo"*. Agrega en el mismo, *"no basta salir después de ocurrido con medidas paliativas, menos si los costos de ellas se cargan a los usuarios"*, motivo por el cual la sanción se mantiene y se rechaza la reclamación.

En definitiva, de acuerdo con el análisis de la legislación, la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y de la Jurisprudencia Administrativa, se puede concluir que la sequía, como fenómeno natural de periódica ocurrencia, puede o no constituir un caso de fuerza mayor dependiendo de la conducta que tomen los involucrados en el tema. Por un lado, se debe observar por parte de los entes públicos, que estos asumen la labor de cautelar los intereses de la población e informar a sus fiscalizados sobre problemas que se puedan presentar en la prestación de los servicios públicos que hayan sido entregados a la gestión de privados, ya sea, que estos las realicen de manera particular o asociados con el Estado. Y por el otro, la conducta diligente que han de desplegar los fiscalizados cumpliendo con las instrucciones dadas por los organismos públicos una vez producidos los acontecimientos que afecten los servicios con el propósito de solucionarlos y precaviendo los privados los problemas de general ocurrencia en la actividad que desarro-



llan, a fin de contemplar en sus inversiones la infraestructura o capital necesario que los prepare para enfrentar los mayores costos que implique una real carencia de recursos hídricos con los cuales poder realizar la actividad económica a la cual se encuentran empeñados. Todo esto se debe realizar con el fin de garanti-

zar la prestación de los servicios de manera continua, sin afectar el normal abastecimiento de agua potable para el consumo de la población, ya que se debe tener en consideración que siempre estará comprometida la salud de las personas ante cualquier deficiencia en la prestación de los servicios sanitarios.